



OTC y el Sistema de Solución de Controversias de la OMC

Principales casos internacionales tratados en el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio



Principales disposiciones sobre OTC analizadas en la jurisprudencia de la OMC

- Definición de reglamento técnico.
- Artículo 2.1: producto similar y trato menos favorable.
- Artículo 2.2: no crear obstáculos innecesarios al comercio.
- Artículos 2.4 y 2.5: uso de normas internacionales.
- Artículo: 2.12 Transparencia



Trilogía

- Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor.
 - Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún.
 - Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO).
- 



Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. (Cigarrillos de clavo de olor)

- **Reclamante:** Indonesia
- **Demandado:** Estados Unidos
- **Terceros:** Brasil; Colombia; República Dominicana; Unión Europea; Guatemala; México; Noruega; Turquía
- **Acuerdos invocados:** GATT, MSF y OTC.
- **Medida cuestionada:** Artículo 907(a)(1)(A) de la Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y productos Cosméticos (artículo 907(a)(1)(A)), una medida de control del tabaco adoptada por los Estados Unidos (prohibe los cigarrillos de clavo de olor y exime al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición).



Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. (Atún II)

- **Reclamante:** México
- **Demandado:** Estados Unidos
- **Terceros:** Australia; Brasil; Canadá; China; Ecuador; Comunidades Europeas; Guatemala; India; Japón; República de Corea; Nueva Zelanda; Noruega
- **Acuerdos invocados:** GATT y OTC.
- **Medida cuestionada:** Medidas que conjuntamente establecen las condiciones en que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos pueden llevar la etiqueta «dolphin-safe».



Estados Unidos — Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO). (Cool)

- **Reclamante:** Canadá
- **Demandado:** Estados Unidos
- **Terceros:** Argentina; Australia; Brasil; China; Colombia; Unión Europea; Guatemala; India; Japón; República de Corea; México; Nueva Zelandia; Perú; Taipéi Chino
- **Acuerdos invocados:** GATT, MSF, OTC y Origen.
- **Medida cuestionada:** Prescripciones de los Estados Unidos en materia de etiquetado indicativo del país de origen («EPO») concernientes a la carne de bovino y de porcino, que figuraban en la Ley de Comercialización de Productos Agrícolas de 1946, modificada por las Leyes Agrícolas de 2002 y 2008, aplicadas por el USDA mediante la Norma definitiva de 2009 sobre etiquetado con indicación del país de origen.



Importancia de la trilogía

- Hasta el 2012 no se habían interpretado los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC (Acuerdo OTC).
- En estos casos se abordan las preguntas referidas a:
 - ¿Se aplican las excepciones generales del GATT al Acuerdo OTC?
 - ¿Cómo diferenciar el principio de no discriminación en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC y en el Artículo III:4 del GATT?
 - ¿Cómo diferenciar el test de necesidad conforme al artículo 2.2 del Acuerdo OTC y el artículo XX:b) del GATT?
 - ¿Cómo interactúan los artículo 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC?

1. Sobre la definición de reglamento técnico:

- Definición del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC.

“Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.”

- Conforme al OA en los casos CE - Amianto (DS135) y CE – Sardinias (DS231), deben tenerse en cuenta tres criterios:
 - El documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable;
 - El documento debe establecer una o más características del producto;
 - La observancia de las características del producto debe ser obligatoria.

1. Sobre la definición de reglamento técnico:

- Atún II – el etiquetado voluntario pueden ser considerado un reglamento técnico.

“Como se ha señalado, la determinación de si una medida concreta constituye un reglamento técnico debe hacerse teniendo en cuenta las características de dicha medida y las circunstancias del caso. En este caso, observamos que la medida de los Estados Unidos está constituida por actos legislativos y reglamentarios de las autoridades federales e incluye disposiciones administrativas. Además, la medida en litigio establece una definición única y jurídicamente obligatoria de producto de atún "dolphin safe" y no permite utilizar otras etiquetas en los productos de atún que no satisfacen esa definición. De ese modo, la medida de los Estados Unidos prescribe de manera amplia y exhaustiva las condiciones aplicables para formular cualquier afirmación con respecto a la "inocuidad para los delfines" de un producto de atún, independientemente de cómo se haga esa afirmación. En consecuencia, la medida de los Estados Unidos abarca todo el ámbito de lo que se entiende por "dolphin safe" en lo que concierne a los productos de atún. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al caracterizar la medida en litigio como un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC.”

2. Sobre si el reglamento técnico es discriminatorio

- Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

“Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.”

- Este artículo prohíbe tanto la discriminación de un producto importado en comparación con un producto nacional (Trato Nacional) y la discriminación entre productos importados de distintos miembros de la OMC (Nación Más favorecida).

- Establece dos conceptos importantes:

- Producto importado es un “producto similar” al producto nacional.
- Si se le está otorgando un “trato menos favorable” al producto importado en relación al producto nacional.



Sobre la determinación del producto similar

- En la OMC se ha interpretado como productos similares a aquellos que tienen una relación de competencia con otro producto.
- En Cigarrillos de clavo de olor, el OA estableció que se debe determinar el producto similar conforme al Acuerdo OTC, en el contexto en el que se determina en el caso del artículo III:4 GATT.
- Además de observar las características físicas de los productos, sus usos finales, los gustos y hábitos de los consumidores y la clasificación arancelaria, se debe tener en consideración los objetivos normativos de la medida, siempre que se refleje en su relación de competencia.
- Se analiza caso por caso, siendo que ningún enfoque va a ser necesariamente apropiado para cada análisis.



Sobre la determinación del producto similar

- En el examen de semejanza, el uso del producto en el mercado final es relevante, no obstante, incluso si los productos son sustituibles, eso no significa necesariamente que deben ser considerados " productos similares".
- Un ejemplo claro es el de la controversia relativa a los materiales de construcción en el que el producto importado contenía un insumo peligroso (asbesto) y el producto interno no.
- Los productos se utilizan para el mismo propósito, pero OSD de la OMC decidió que esta diferencia en los productos era suficiente para decir que no se trataba de "productos similares " entre sí.



Sobre la determinación del producto similar

- Un punto que se está discutiendo es desde qué perspectiva debe evaluarse la similitud de los productos respecto del uso?
- El punto de vista tradicional ha sido siempre que la perspectiva es del consumidor.
- Sin embargo, en el caso del amianto se observó que por ejemplo la "toxicidad" de un insumo es un dato relevante que debe ser analizado, pero que no puede ser analizado desde la perspectiva del consumidor, en tanto el mismo puede no saber que dicho insumo es nocivo sin un contexto regulatorio.



Sobre la determinación del producto similar

- Puede ser que la adopción de un estricto punto de vista del consumidor no siempre es adecuada , y que puede ser preferible para tener en cuenta la perspectiva del regulador en ciertos casos.
- Por ejemplo , ¿qué pasa con las bolsas de plástico en comparación con las bolsas de papel ? Desde la perspectiva del consumidor , pueden ser solo bolsas para un mismo uso, pero desde la perspectiva del regulador en materia de protección del medio ambiente, pueden ser muy diferentes productos.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Una vez que se ha determinado que existen productos similares, se debe proceder a determinar si el reglamento otorga un trato menos favorable a dicho producto similar.
- El OA en Cigarrillos de clavo de olor ha interpretado que el reclamante debe probar lo siguiente para determinar que se ha otorgado un "trato menos favorable":
 - En primer lugar la existencia de un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia en el mercado pertinente para el grupo de productos importados frente al grupo de productos similares nacionales.
 - Si la respuesta a la primera pregunta es "sí", entonces le pregunta a una segunda pregunta. Si ese reglamento técnico es imparcial, a fin de determinar si el efecto perjudicial en las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.
- Este análisis en dos etapas refleja fielmente las obligaciones de la discriminación en otros acuerdos de la OMC (por ejemplo, el GATT de 1994 y GATS).



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- En sí mismos, los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados.
- Ello indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 significa que cualquier distinción, en particular las que se basan exclusivamente en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, otorgaría per se un trato menos favorable en el sentido de dicha disposición.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- ¿Qué es un impacto negativo en las condiciones de competencia?
 - Ha dado como resultado la medida en mayores costos para los productos de la demandante frente al comparable producto similar ?
 - Ha reducido la medida del margen de beneficio por la venta de productos de la demandante más que la comparable del producto similar ?
 - la medida se limite de otro modo el acceso a los mercados de los productos de la demandante más que la comparable del producto similar ?
 - ¿La medida de disuadir la compra de productos del demandante en el mercado interno más que otros productos comparables?
 - ¿La medida de limitar la capacidad de los productos de la demandante para ser vendidos al por menor en el mercado del Miembro importador?
- En esencia , la pregunta es si la medida se traduce en un impacto asimétrico entre los "productos similares".



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- No existen excepciones que puedan justificar un incumplimiento al trato menos favorable. Dos posturas:
 - 1. reintroducir las flexibilidades del GATT al Acuerdo OTC, disponiendo que el artículo XX del GATT permite justificar violaciones a las disposiciones sobre OTC.
Las Excepciones aplican al Acuerdo de Marrakesh como un todo.
 - 2. reinterpretar los conceptos sobre productos similares y trato menos favorable bajo el artículo 2.1 del Acuerdo OTC para incluir las flexibilidades del artículo XX del GATT.
- En cigarrillos de clavo de olor al igual que en el caso China - materias primas, el OA determinó que el artículo XX no permite justificar violaciones al artículo 2.1 del Acuerdo OTC.
- No obstante, son Acuerdos que persiguen objetivos similares y se superponen en el ámbito de aplicación.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- “Por último, como se ha señalado anteriormente, el objeto y fin del Acuerdo OTC es establecer un equilibrio entre el objetivo de liberalización del comercio, por un lado, y el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones, por el otro. Por lo tanto, este objeto y fin indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe todo efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones cuando ese efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.”



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- ¿De qué manera puede una medida causar un impacto perjudicial sobre el producto del demandante ?
- La medida puede hacer distinciones basadas en el origen, estableciendo requisitos reglamentarios diferentes, y, posiblemente hasta más onerosos para los productos extranjeros que para los domésticos. Este supuesto constituye un impacto perjudicial de *jure*.
- No obstante, la medida puede causar también un impacto perjudicial de facto.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- La medida puede causar un efecto perjudicial a pesar de que los requisitos que se aplican al grupo de productos son formalmente iguales; sin embargo, la medida impone un mayor impacto en algunos productos como en comparación con otros productos similares.
- Este fue el supuesto analizado, tanto en el caso Cool y Atún , donde los requisitos que se aplicaban tanto a los productos de EE.UU. y México que formalmente eran los mismos, pero que tuvieron un impacto mayor sobre los productos mexicanos en relación a los productos de EE.UU.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- En el caso Cool, los requisitos de etiquetado aplicaban a toda la carne de res y carne de cerdo.
 - Sin embargo, el OA llegó a la conclusión de que la forma menos costosa de cumplir la medida sobre el EPO era recurrir exclusivamente a animales nacionales, creando un incentivo para que los productores estadounidenses utilizaran exclusivamente animales nacionales, causando así un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los animales importados.
 - El impacto perjudicial hubiese sido diferente si los productores estadounidenses no eran dominantes en el mercado y los productores canadienses, mexicanos y estadounidenses (todos) hubiesen tenido un tercio del mercado con lo cual hubiesen compartido por igual los costos más altos.
- Para el caso del atún, los efectos perjudiciales que resultaron para los productores de atún mexicanos era la limitación de la venta del producto en el mercado debido a que no cumplían el estándar de la medida.
- Una vez más, si los hechos eran diferentes, no habría probablemente un impacto negativo en las condiciones de competencia para los productos de atún mexicano en comparación con el producto de atún de Estados Unidos.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- El examen de si la medida se traduce en un impacto perjudicial o no es una parte crítica del análisis, y uno que los reguladores deben llevar a cabo antes de emitir una medida.
- Si no se encuentra que una medida ha causado un impacto perjudicial entre productos similares, puede ser muy difícil para el país reclamante demostrar que la medida no discrimina en virtud de la segunda etapa del análisis.
- El análisis se puede realizar en cualquier número de formas, conforme lo consideren pertinente los expertos de sus respectivos organismos reguladores. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta si el análisis se realizó como parte del análisis normativo para cualquier norma o como parte del análisis de costes y beneficios que se realiza de un reglamento técnico.
- Asimismo, considerar que es lo que señalaron los privados cuando se solicitaron comentarios a los participantes privados y los gobiernos extranjeros a fin de que puedan observarse mayores elementos que permitan determinar si existe bajo dichas perspectivas un obstáculo al comercio de los productos afectados por la medida .



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Si la medida genera un impacto perjudicial, la pregunta en el segundo paso del análisis es si ese impacto perjudicial deriva de distinciones reglamentarias legítimas tales que la medida trata a los productos del demandante y a los demás productos comparables de una manera "imparcial" .
- En la realización de este análisis, la OMC se ha inclinado a examinar todos los aspectos de la medida en la búsqueda de defectos.
- Este análisis parece el que se realiza al examinar el artículo XX del GATT, donde los grupos especiales y el OA han analizado de manera profunda todos los aspectos de la medida, no sólo la parte de la medida declarada incompatible, sino también para determinar si esa incompatibilidad se puede justificar en virtud del GATT de 1994 .



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- En el litigio cigarrillos de clavo de olor, el efecto perjudicial deriva del hecho de que determinados cigarrillos aromatizados fueron prohibidos, mientras que un sabor particular no lo estuvo.
- Al respecto, la OMC dictaminó que los mismos problemas de salud eran originados por todos los cigarrillos aromatizados y en tal sentido, no puede decirse que el impacto perjudicial fue imparcial entre los cigarrillos de Indonesia, que fueron prohibidos en su totalidad, y los cigarrillos de Estados Unidos , que no fueron prohibidos.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Se observa que si se determina que una regulación técnica puede causar un impacto perjudicial a un bien importado, en comparación con otros productos similares, puede ser muy difícil de justificar ese impacto perjudicial en virtud de OTC artículo 2.1.
- Es posible que una medida de este tipo pueda sobrevivir el análisis meramente legal, pero, la medida también tiene que soportar el escrutinio detallado que efectúa la OMC.
- Este escrutinio puede no estar necesariamente limitado a los elementos que conforman la medida que causan el efecto perjudicial, pues puede alcanzar a cualquier parte de la medida que parece cuestionable o sin una fuerte base fáctica .



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Por esta razón, es importante que antes de emitir un reglamento técnico, se evalúe el impacto real que la medida tendrá sobre los productos regulados y si ese impacto tendrá un impacto mayor en determinados productos importados, en comparación con productos similares nacionales o extranjeros.



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- “2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinan los productos.”



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Cómo se indica en el sexto considerando del Acuerdo OTC, este artículo establece límites al derecho a regular de los Miembros de la OMC.
- Se ha analizado esta disposición en Atún II y Cool pero no se ha determinado la existencia de una violación a este artículo (de establecerse un grupo especial en el caso Empaquetado genérico de tabaco también se analizaría este artículo).
- Se debe determinar si el reglamento técnico en litigio restringe el comercio internacional más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de ese reglamento técnico al logro de un objetivo legítimo (Cool).



Sobre la determinación de que el reglamento técnico otorga un trato menos favorable

- Conforme a lo establecido por el OA en el caso Cool es necesario evaluar varios factores:
 - el grado de la contribución que hace la medida al objetivo legítimo en cuestión;
 - el grado de la restricción del comercio de la medida; y
 - la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida.
- En la mayoría de las ocasiones debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.
- En Atún II el OA señaló dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas:
 - cuando la medida no restringe en absoluto el comercio, o
 - cuando una medida que restringe el comercio no hace ninguna contribución al logro del objetivo legítimo pertinente.

3. Sobre si el reglamento técnico es restrictivo al comercio

- Con arreglo a sus términos, el párrafo 2 del artículo 2 exige una evaluación de la necesidad del grado de restricción del comercio de la medida en litigio. A este respecto, en caso Atún II el OA determinó que "restrictivo del comercio" significa "que tiene un efecto limitador en el comercio". Además, constató que la referencia a "obstáculos innecesarios" en el párrafo 2 del artículo 2 implica que está permitido un "cierto" grado de restricción del comercio y, asimismo, que lo que de hecho está prohibido son las restricciones al comercio internacional que "van más allá de lo necesario para alcanzar el grado de contribución de un reglamento técnico al logro de un objetivo legítimo".
- Al tratar de completar su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en la diferencia inicial, el OA señaló la constatación del Grupo Especial inicial de que "la medida sobre el EPO 'restringe el comercio' en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 al afectar a las condiciones de competencia del ganado importado". El Órgano de Apelación también tomó nota de la distinción que hizo el Grupo Especial inicial entre las oportunidades de competencia, como objeto al que debe dirigirse la atención, y los efectos reales en el comercio: "el alcance de la expresión 'restringirán el comercio' es amplio y 'no obliga a demostrar la existencia de efectos reales en el comercio, ya que la atención debe centrarse en las oportunidades de competencia de que disponen los productos importados'".



Si el Reglamento Técnico es más restrictivo al comercio de lo necesario

- El análisis de este apartado se parece mucho al análisis del artículo XX del GATT.
- Al respecto, se ha reconocido que si bien son disposiciones similares, existen ciertas diferencias que se deben evaluar: por ejemplo la lista de objetivos legítimos en el Acuerdo OTC es “abierta” mientras que en el GATT es “cerrada”, y la frase “los riesgos que crearía no alcanzarlo” no está incluida en el GATT.
- Los exámenes de necesidad en el artículo 2.2 y en el artículo XX son similares pero no idénticos. En el 2.2 el análisis se refiere a la “necesidad de la restricción comercial de la medida”, en tanto que en el artículo XX el análisis se refiere a la “necesidad de la medida impugnada”.
- En el caso COOL se analizó si se debían analizar los 6 elementos (3 + 3) o si bastaba el “análisis de la relación” y posteriormente en la mayoría de los casos pasar el “análisis comparativo”. El Órgano de Apelación de cumplimiento en COOL dejó abierta la manera de analizar.
- “Como hemos indicado, la evaluación de si un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 implica, en último término, sopesar y confrontar mediante un proceso holístico todos los factores pertinentes. El párrafo 2 del artículo 2 no prescribe expresamente, en términos estrictos, la secuencia y el orden del análisis al evaluar si el reglamento técnico en litigio restringe el comercio más de lo necesario. Como explicamos más adelante, cierto grado de secuencia y orden en el análisis puede, no obstante, emanar lógicamente de la naturaleza del examen en el marco del párrafo 2 del artículo 2”.



Si el Reglamento Técnico es más restrictivo al comercio de lo necesario

- Por consiguiente, los grupos especiales cuentan con un cierto margen para adaptar la secuencia y el orden del análisis en un caso dado al evaluar los factores pertinentes y al llevar a cabo el proceso general de sopesar y confrontar con arreglo al párrafo 2 del artículo 2. Sin embargo, ese margen no es ilimitado. Antes bien, está delimitado por las alegaciones, las medidas, los hechos y los argumentos específicos en litigio, como ya se ha indicado. Por consiguiente, un apelante que impugne la secuencia y el orden del análisis adoptados por un grupo especial en determinado asunto debe demostrar por qué, al seguir determinada secuencia, el grupo especial cometió un error en las circunstancias específicas del asunto de que se trate. No es suficiente que un apelante se limite a alegar en abstracto que un grupo especial incurrió en error al apartarse de una secuencia y un orden de análisis determinados.
- Sobre el criterio del 2.2 en el informe del OA en el caso Cool (Procedimiento 21.5) se hace una extensa relación de todos los factores. Véanse párrafos 5.196 a 5.207.